

NIG: 28.079.00.4-2018/0012163  
JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 31  
MADRID

SENTENCIA: 220/2019  
AUTOS: 303/18  
ASUNTO: IMPUGNACION DE RESOLUCION  
ADMINISTRATIVA

### SENTENCIA Nº 220/2019

En la ciudad de Madrid, a diecinueve de junio de Dos mil diecinueve.

La Ilma. Sra. D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> DEL CARMEN LOPEZ HORMEÑO, Magistrada-juez del Juzgado de lo Social Nº 31 de Madrid ha visto y oído los presentes autos de procedimiento laboral Nº 303/18 seguidos entre las partes: de una como demandante: la empresa representada por el letrado Sra. García Galiano, y de la otra como demandada: T.G.S.S. representada por el letrado Sr. Redondo Toraño; sobre *IMPUGNACIÓN DE RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA*.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Que con fecha 12-3-18 se presentó demanda ante el Registro general de los juzgados de lo Social, que correspondió a este juzgado por reparto y admitida la demanda a trámite se convocó a las partes a los actos de juicio y de conciliación previa, que tuvo lugar el día 30-5-18.

Habiéndose dictado sentencia en este procedimiento en fecha 30-5-18, y siendo recurrida la misma por la parte actora, por sentencia del TSJ Madrid de 8-3-19 se declaró nulidad de actuaciones a fin de que se celebrara de nuevo el juicio con citación de los testigos propuestos por la actora; el cual tuvo lugar el 19-6-19.

En el acto del juicio comparecieron ambas partes, ratificándose el actor en su escrito de demanda, oponiéndose el demandado a la misma y solicitando ambos el recibimiento del pleito a prueba. Admitida la prueba se celebró con el resultado que obra en autos, uniéndose a los mismos, elevando cada parte sus conclusiones a definitivas y quedando los mismos conclusos para sentencia.

**SEGUNDO.-** En la tramitación de este procedimiento se han observado en lo fundamental las prescripciones legales.

### HECHOS PROBADOS

1)- La empresa ~~de la Carretera de Toledo~~ tiene un centro de trabajo llamado en el km 18,700 de la Carretera de Toledo A-42 (Fuenlabrada), dedicada a la actividad de hostelería ~~de~~ (club de alterne), con un horario de apertura de 22h



a 3h o 4h de la mañana.

2)-En fecha 15-9-16, sobre las 23,20h, la INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL giró visita en dicho centro de trabajo y levanta acta donde hace constar que se hallaban prestando servicios como "chicas de alterne" las siguientes personas:

Consta en el acta que dichas personas acuden a la empresa todos los días de la semana, en un horario desde las 22h hasta las 3 o 4 de la mañana; y que cada copa que toma el cliente, le supone a la señorita una comisión de hasta el 50% de lo que paga el cliente, teniendo en cuenta que el porcentaje a cobrar y la forma de cobro lo determina la empresa, no teniendo ninguna de ellas un bolso o monedero a mano durante la visita de la Inspección.

3)-Por Acta de Infracción de fecha 13-2-17, la Inspección de Trabajo propone la imposición a la empresa de una multa de 37.512 euros (4.689 euros por cada uno de las doce trabajadoras afectadas) por una falta grave en su grado mínimo, por unos hechos tipificados en el art. 22,2 del RD Legislativo 5/2000.

La empresa no disfruta de ayudas y bonificaciones y beneficios de los programas de empleo.

4)-Por resolución de la Jefa de Unidad de Impugnaciones de fecha 3-5-17 se acuerda confirmar dicha sanción.

5)-Habiéndose interpuesto recurso de alzada contra la citada resolución administrativa, por resolución de la del Director Provincial del Ministerio de Empleo y S. Social de fecha 29-12-17 se acuerda desestimar el mismo y confirmar la resolución recurrida.

6)-En el VILEM de la empresa consta de alta un total de 83 trabajadores en plantilla con la categoría de camareras de alterne.

7)-Las personas que se hallaban en el centro de trabajo tienen nacionalidad extranjera y no constan de alta en ninguna empresa, percibiendo los ingresos de los servicios que prestan a los clientes.

8)-La TGSS procedió a dar de alta de oficio a las citadas trabajadoras en fecha 15-9-15.

9)-En fecha 24-6-15 se celebró un contrato mercantil entre la empresa demandada (empresa contratada) y la empresa INVERSIONES DRIGMA SL (empresa contratante), cuyo objeto era que conseguir el incremento de clientes y del volumen de consumiciones en la sala de fiestas explotada por la contratante.

El centro de trabajo, al parecer, estaba compartido por ambas empresas.

10)-El objeto social de INVERSIONES DRIGMA SL era la actividad de hostelería.

La empresa ARMONIA DEL OCIO S.L tiene como objeto social la explotación de servicios hosteleros, hoteleros y discotecas, restauración hostelera y espectáculos público, entre otros.

11)-No consta probado que las personas halladas en el club

estuvieran percibiendo una cantidad por copa con el cliente, percibiendo una retribución por los servicios sexuales prestados al cliente y trabajando en todo momento por cuenta propia.

12)- Al menos dos de las chicas, estaban alojadas en el hotel del club durante periodos diversos no sucesivos, en pensión completa y, pagando unos 50 euros por habitación; las cuales bajaban



La autenticidad de este documento se puede comprobar en [www.madrid.org/cove](http://www.madrid.org/cove) mediante el siguiente código seguro de verificación: 1258288345054572653933

a la discoteca a la hora que estimaban conveniente (a partir de las 22h), subiendo a la habitación con el cliente cuando llegaban a un acuerdo con él, pero sin abonar ninguna cantidad al club, ni recibir instrucciones de éste.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La empresa demandante impugna la resolución administrativa de fecha 29-12-17, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de fecha 3-5-17, la cual confirma la sanción impuesta por la Inspección de Trabajo en el Acta de Infracción de fecha 13-2-17.

Con carácter previo y a los efectos del art.97,2 de la L.R.J.S. conviene resaltar que los hechos declarados probados no han sido objeto de especial controversia entre las partes, deduciéndose los mismos del expediente administrativo; salvo los hechos 2º y 7º que deriva de una valoración conjunta de la prueba practicada por la parte demandada, en concreto del Acta de Inspección en relación con la demás documental obrante en el expediente administrativo; y los hechos 11º y 12º de la testifical practicada por la actora.

**SEGUNDO.-** La litis del presente procedimiento se centra en determinar si la sanción administrativa impuesta a la empresa por incumplimiento de la normativa de S. Social es conforme a derecho.

Con carácter previo conviene señalar que el art. 2,n) de la Ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social atribuye competencia al Orden Social para conocer de la "impugnación de resoluciones administrativas de la autoridad laboral recaídas en el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral y sindical y, respecto de las demás impugnaciones de otros actos de las Administraciones públicas sujetos al Derecho Administrativo en el ejercicio de sus potestades y funciones en materia laboral y sindical que pongan fin a la vía administrativa, siempre que en este caso su conocimiento no esté atribuido a otro orden jurisdiccional".

En cuanto al fondo del asunto, respecto a la afiliación y alta de los trabajadores hay que tener en cuenta que el art. 100 de la LGSS señala que: "1. **los empresarios estarán obligados a solicitar la afiliación al sistema de la Seguridad Social de los trabajadores que ingresen a su servicio**, así como a comunicar dicho ingreso y, en su caso, el cese en la empresa de tales trabajadores para que sean dados, respectivamente, de alta y de baja en el Régimen General.; 2. En el caso de que el empresario incumpla las obligaciones que le impone el apartado anterior, el trabajador podrá instar su afiliación, alta o baja, directamente al organismo competente de la Administración de la Seguridad Social. Dicho organismo podrá, también, efectuar tales actos de oficio en los supuestos a que se refiere el apartado 4 del art. 13 de esta ley".

Además, el art. 102 LGSS señala que: "1. El cumplimiento de las obligaciones que se establecen en los artículos anteriores se ajustará, en cuanto a la forma, plazos y procedimiento, a las normas reglamentarias.; 2. La afiliación y altas sucesivas solicitadas fuera de plazo por el empresario o el trabajador **no tendrán efecto retroactivo alguno**. Cuando tales actos se practiquen de oficio, su eficacia temporal e imputación de



La autenticidad de este documento se puede comprobar en [www.madrid.org/cove](http://www.madrid.org/cove) mediante el siguiente código seguro de verificación: 1258288345054572653933

responsabilidades resultantes serán las que se determinan en la presente Ley y sus disposiciones de aplicación y desarrollo.”

Finalmente, el art. 32,3 del Reglamento de Inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas, y variaciones de datos de los trabajadores, Real Decreto 84/1996 de 26 de enero, señala que: “Las solicitudes de alta, baja y variaciones de datos de los trabajadores deberán formularse en los plazos siguientes: 1º. **Las solicitudes de alta deberán presentarse por los sujetos obligados con carácter previo al comienzo de la prestación de servicios por el trabajador**, sin que en ningún caso puedan serlo antes de los sesenta días naturales anteriores al previsto para la iniciación de la misma.

En los casos excepcionales en que no hubiere podido preverse con antelación dicha iniciación, si el día o días anteriores a la misma fueren inhábiles o si la prestación de servicios se iniciare en horas asimismo inhábiles, deberán remitirse, con anterioridad al inicio de la prestación de servicios, por telegrama, fax o por cualquier otro medio electrónico, informático o telemático, los documentos para el alta inicial o sucesiva debidamente cumplimentados o, si ello no fuere posible por no disponer de los modelos reglamentarios, se remitirán, asimismo, con carácter previo y por dicho medio o cualquier otro procedimiento electrónico, informático o telemático, los datos que determine el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.”

Por otra parte, en cuanto a la carga de la prueba, no cabe olvidar que las actas de Inspección de Trabajo gozan de **presunción de certeza** a tenor de los arts. 38 y 23,1 del anterior Decreto de 10-7-75 y actualmente art. art. 53,2 del RD Legislativo 5/2000 de 4 de agosto y art. 151,8 de la LRJS. Esta presunción de certeza conlleva a la inversión de la carga de la prueba, por lo que habrá de ser el demandante quien acredite, mediante cualquiera de los medios admisibles en derecho, que los extremos resultantes en el acta no se corresponden a la realidad. Ello no obstante, no toda acta goza de la mencionada presunción en cuanto a la totalidad de las afirmaciones en ella contenidas, pues no sólo escapan de la presunción favorable las calificaciones jurídicas o juicios de valor, sino también aquellas afirmaciones que no son comprobables objetivamente por el Inspector y que solo se plasmaron por referencia de terceras personas, o las que se obtuvieron por vía deductiva sin soporte probatorio alguno.

En este sentido la STC 76/90 de 26 de abril establece que la presunción que deriva de las actas de Inspección no evidencia una presunción iuris et de iure sino que expresamente admite prueba en contrario, constituyendo en todo caso un medio probatorio válido pero que *“no alcanza a calificaciones jurídicas, ni juicios de valor o simples opiniones”*. También constituye doctrina jurisprudencial consolidada la que afirma que para gozar de certeza el acta tiene que haberse extendido regularmente *“con arreglo a los requisitos que para cada clase se establecen, debiendo citar las fuentes documentales o testificales que apoyen su conocimiento de los hechos”* (STS 18-2-92, 19-9-92) o *“haberlos comprobado directamente en el caso de hechos susceptibles de apreciación real, objetiva y directa in situ”* (STS 15-3-92, STSJ Murcia 30-7-97).

**TERCERO.-** Respecto a la posible existencia de relación laboral en la denominada **“actividad de alterne”**, la jurisprudencia del TS viene señalando (STS 2-6-08, 23-6-11, entre otras) que se puede distinguir entre la actividad de alterne por cuenta propia y por cuenta ajena, afirmando el carácter laboral de esta última siempre que se acredite la ajeneidad de la prestación de la actividad y la dependencia de dicha actividad en el seno de una organización empresarial. La razón fundamental estriba en que **la actividad de alterne**



La autenticidad de este documento se puede comprobar en [www.madrid.org/cove](http://www.madrid.org/cove) mediante el siguiente código seguro de verificación: 1258288345054572653933

**genera unos rendimientos económicos**, previa la organización de capital y trabajo, que deben estar sometidos a las condiciones tributarias y laborales que protegen a los trabajadores y disciplinan los presupuestos mercantiles de toda actividad económica.

Hay que tener en cuenta que el contrato de trabajo existe cuando la prestación de servicios se realiza en forma voluntaria y remunerada por cuenta de otro y en el ámbito de su organización y dirección (artículo 1.1 ET), presumiéndose el contrato de trabajo siempre que se preste el trabajo por cuenta ajena en el ámbito de organización y dirección de otro (artículo 8.1 ET). Si se dan esas condiciones, la actividad de alterne ha de considerarse laboral (SSTS 4-2-88, 21-10-87, 14-5-85, 252-84 y 3-3-81); siquiera conviene destacar que en todas ellas la organización empresarial consistía en que la actividad de alterne se hacía **por cuenta de los titulares de un establecimiento abierto al público y a cambio de una retribución por comisión y participación en el importe de las consumiciones o servicios a los clientes**. Fuera de esos supuestos, aquel alterne ha de considerarse por cuenta propia y, por ende, ajeno a una relación laboral".

Para lo que nos interesa aquí, la ajenidad consiste, según la doctrina científica y la jurisprudencia, en la cesión anticipada de los frutos o de la utilidad patrimonial del trabajo del trabajador al empleador (SSTS 29-1-91, 25-1-00), y es claro que es este último el que se apropia del **beneficio producido por estímulo del consumo de los clientes a cargo de las «alternadoras» y retribuye el trabajo del que deriva ese beneficio mediante una comisión en el gasto**, que tiene encaje en el artículo 1.1 ET en relación con los artículos 26.1 y 29.2 ET ( STS 17-11-04). No obstante, la dependencia ha venido flexibilizándose en el sentido de no ha de entenderse por tal una «subordinación rigurosa y absoluta», sino una «inclusión en el círculo rector y disciplinario empresarial, que debe presumirse por la permanencia estable de la empleada en un local de alterne » (STSJ Castilla y León/Burgos 31-3-05)."

En concreto, la STS de 11-12-01 especifica que "**la vinculación a horario, es un factor indicativo de la nota de dependencia**, que caracteriza la relación de servicios de régimen laboral, mientras que, al contrario, la ausencia de horario, unida a la inexistencia de obligación jurídica de acudir al trabajo, son reveladoras de falta de laboralidad de los servicios prestados.

En este mismo sentido, la STSJ Valencia de 23-4-13 señala que los datos fácticos que concurren en la prestación de servicios de las codemandadas para la empresa recurrente y que se acaban de reseñar, revelan que las denominadas "camareras de alterne" (el objeto de la prestación consiste en el alterne con clientes para promover la consumición por parte de éstos), estaban **sujetas a un horario, que por mucho que fuera flexible debía desarrollarse dentro del horario de apertura del establecimiento**; el trabajo de las demandantes era **voluntario y remunerado, ya que percibían un porcentaje de las bebidas consumidas, no cobrando directamente las consumiciones del cliente sino que las copas eran cobradas por el empleador, quien diariamente y al final de la jornada, retribuía a las trabajadoras en función de las consumiciones** (cuyo precio no fijan las trabajadoras) que habían tomado con los clientes (abonando un porcentaje tasado, **el 50%**). Por otra parte constituye dato de importancia el que **el titular del negocio era el que facilitaba tanto los medios personales (camareros) como los materiales (bebidas, local)** para que las camareras de alterne pudieran llevar a cabo su trabajo de captación de clientes, por lo que se ha de concluir tal y como efectúa la Magistrada de instancia, que en la prestación de servicios llevada a cabo por las codemandadas concurren las notas de dependencia, ajenidad y retribución características de la relación laboral, bien entendido



La autenticidad de este documento se puede comprobar en [www.madrid.org/cove](http://www.madrid.org/cove) mediante el siguiente código seguro de verificación: **1258288345054572653933**

(insistimos) que la misma es la captación de clientes para el consumo de bebidas en el establecimiento citado, lo que constituye la prestación de servicios de aquéllas.

También hay que destacar la STS de 21-10-1987 en la que especifica, para un supuesto similar al ahora enjuiciado, que: "la relación entre empresa y trabajadora viene comprendida en el artículo 1 del ET, pues actuaba dentro del ámbito organizativo de la empresa, por lo que es patente la competencia del orden jurisdiccional laboral para conocer de la reclamación planteada, pues como señala la Sentencia de la Sala de 25 de febrero de 1984 (que cita la de 3 de marzo de 1981) - se reúnen los requisitos de prestación voluntaria de trabajo por cuenta ajena y bajo dependencia de otra persona -entendida como inclusión en el círculo directivo empresarial- y percepción de retribución, sin que la libertad de horario y asistencia sea trascendente para calificar de arrendamiento de servicios la relación entre las partes", siendo refrendada esta inclusión en el orden laboral por la Sentencia de la Sala Contencioso- Administrativa del Tribunal Supremo, al afirmar que sobre la figura concreta del captador/a de clientes o camarero/a de alterne, ya el orden jurisdiccional social ha venido reconociendo su acogida en el ámbito del contrato de trabajo ( Sentencias del Tribunal Supremo de 14 mayo 1985 , 21 octubre 1987 y 4 febrero 1988).

Finalmente, la STSJ Galicia de 3-2-15 señala que: "resulta probado que perciben de la demandada **una comisión del 50% del valor de las consumiciones** a las que les invitaban los clientes, siendo el horario de 22 o 23 horas según los casos a 4 o 5 horas, seis días a la semana, siendo llevadas al local y reintegradas a su domicilio por un empleado de la empresa, por lo que la actividad y prestación de servicios revela las notas de dependencia y amenidad propios de la relación laboral". Y añade la STSJ Galicia 11-3-13 que en este caso existe una **presunción de laboralidad** desde el momento que perciben comisiones por las consumiciones de los clientes y tienen un horario que cumplir.

En definitiva, el TS ha admitido la existencia de la pretendida relación laboral, cuando concurren circunstancias de retribución pactada aún bajo la forma de comisión en las bebidas, horario prefijado y descanso semanal o residencia en el local.

**CUARTO.-** En el presente caso, la empresa demandada impugna la resolución administrativa de fecha 3-5-17 alegando que no reúne los requisitos de laboralidad entre la empresa y las personas que se hallaban en la misma el día de la visita de la Inspección.

A estos efectos, consta probado que la empresa ~~tiene un~~ tiene un centro de trabajo llamado ~~en el km 18,700 de la Carretera de Toledo A-42~~ en el km 18,700 de la Carretera de Toledo A-42 (Fuenlabrada), dedicada a la actividad de hostelería, con un horario de apertura de 22h a 3h o 4h de la mañana.

En concreto, en fecha 15-9-16, sobre las 23,20h, la INSPECCIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL giró visita en dicho centro de trabajo, y en dicho Acta hizo constar que se hallaba prestando servicios como "chicas de alterne" las siguientes personas:

Sin embargo, de la testifical practicada en el acto del juicio, en el que declaran como testigos de las chicas "de alterne" que figuran en el acta, procede deducir que se no consta ~~suficientemente probado que las personas halladas en el club Kixx: 3~~ suficientemente probado que las personas halladas en el club Kixx: 3

~~estuvieran percibiendo una cantidad por~~ estuvieran percibiendo una cantidad por



copa con el cliente, percibiendo una retribución por los servicios sexuales prestados al cliente y trabajando en todo momento por cuenta propia.

En efecto, de la testifical de ~~\_\_\_\_\_~~ se deduce que ambas **estaban alojadas en el hotel del club durante periodos diversos no sucesivos**, en pensión completa, **pagando unos 50 euros por habitación, y bajaban a la discoteca a la hora que estimaban conveniente** (a partir de las 22h), subiendo a la habitación con el cliente cuando llegaban a un acuerdo con él, pero **sin abonar ninguna cantidad al club, ni recibir instrucciones de éste**.

Por otra parte, consta probado que en el VILEM de la empresa consta un total de 83 trabajadores en plantilla con la categoría de camareras de alterne, por lo que las demás personas que figuran en el Acta podrían trabajar por cuenta propia, sin necesidad de percibir retribución alguna de la empresa.

Por tanto, dado que **en el Acta no consta quiénes fueron las personas entrevistadas, ni figura ninguna otra prueba (documental o testifical) de la que se deduzca que las testigos percibían una retribución** por cuenta de la demandada o estaban bajo su organización y dirección, procede concluir que parte actora ha desvirtuado de modo suficiente la presunción de veracidad del acta de la Inspección; debiendo por tanto revocar la sanción impuesta.

Vistos los anteriores preceptos y en nombre de S.M. El Rey:

### FALLO

Que estimando totalmente la demanda interpuesta por la empresa ~~\_\_\_\_\_~~ frente a TGSS debo **DECLARAR Y DECLARO** que procede dejar sin efecto la sanción impuesta a la parte actora por resolución administrativa de fecha 3-5-17 consistente en una multa de 56.268 euros por una falta grave en su grado mínimo.

Se advierte a la partes que contra esta Sentencia puede interponerse Recurso de Suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, anunciándolo por comparecencia o por escrito en este Juzgado en el plazo de los cinco días siguientes a su notificación y designando Letrado o graduado social colegiado para su tramitación. Se advierte al recurrente que no fuese trabajador o beneficiario del Régimen Público de Seguridad Social, ni gozase del derecho de asistencia jurídica gratuita que deberá acreditar al tiempo de interponerlo haber ingresado el importe de 300 euros en la cuenta IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274 con nº 2804-0000-00-0303-19 del BANCO DE SANTANDER aportando el resguardo acreditativo. Si el recurrente fuese Entidad Gestora y hubiere sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de



la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación. Si el recurrente fuere una empresa o Mutua Patronal que hubiere sido condenada al pago de una pensión de Seguridad Social de carácter periódico deberá ingresar el importe del capital coste en la Tesorería General de la Seguridad Social previa determinación por esta de su importe una vez le sea comunicada por el Juzgado.

Así por esta mi sentencia, *lo pronuncio, mando y firmo.*

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



La autenticidad de este documento se puede comprobar en [www.madrid.org/cove](http://www.madrid.org/cove) mediante el siguiente código seguro de verificación: 1258288345054572653933